

# Relación directa y regular y síndrome de alienación parental

## Abordaje a través de la mediación familiar

Regular and direct relationship with the child and parental alienation syndrome

Approach through family mediation

Adriana Cecilia Palavecino Cáceres\*

### Resumen

En este artículo, primeramente, se efectúa una revisión panorámica del estado actual de la reglamentación sobre relación directa y regular con el niño tanto en el Código Civil como en otros cuerpos normativos. Enseguida, se analiza la figura bajo el prisma de los principios que inspiraron la reforma filiativa, a saber, igualdad jurídica, supremacía del interés del niño y derecho a la identidad, recurriendo a jurisprudencia nacional y extranjera. A continuación, se aborda el escasamente conocido Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) por su directa conexión con los conflictos sobre tuición y régimen de contacto, derivados de la separación conyugal. Y en la parte final de este trabajo, se propone la mediación familiar como escenario propicio para abordar estos conflictos de manera colaborativa preservando de mejor modo la garantía constitucional de autonomía de la familia en tanto grupo intermedio y el principio del interés superior del niño.

### Abstract

In this article, firstly, is an overview of the current revision of the regulation on direct and regular with the child in the Civil Code and other regulations. Then, the figure is discussed from the perspective of the principles underlying the reform of filiation, namely legal equality, supremacy of the interests of the child and the right to identity, using domestic and foreign jurisprudence. Then, addressing the little-

\* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Candidata a Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diplomada en Derecho de Familia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y en Mediación Familiar, Universidad Tecnológica de Chile (Inacap) e Instituto Chileno de Terapia Familiar. Está inscrita en los registros de mediadores del Ministerio de Justicia y de la Superintendencia de Salud. Es mediadora de la Clínica Integral de la Familia CIFAM de Talca, desde el año 2003. Talca, Chile. Correo: apalavecino@yahoo.es.

known Parental Alienation Syndrome (SAP) for its direct connection with disputes over custody and contact arrangements for children, arising from marital separation. And in the final part of this work is proposed as a family mediation proper scenario for addressing these conflicts collaboratively to better preserve the constitutional guarantee of autonomy of the family as middle group and the principle of best interests of the child.

**Palabras clave:** Relación directa y regular, tuición, síndrome de alienación parental, SAP, mediación familiar.

**Key words:** Visits, custody, Parental Alienation Syndrome, SAP, family mediation.

## I. ANTECEDENTES JURÍDICOS DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR

La tuición y la relación directa y regular forman parte del plexo de relaciones filiales personales o responsabilidades parentales que emanan del vínculo filiativo.

El art. 225 del Código Civil dispone que: *"Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos"*.

Por su parte, el art. 229 del Código Civil dispone que: *"El padre o madre que no tenga el cuidado personal del hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad acordada con quien lo tiene a su cargo o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo"*. El inciso segundo, por su parte, agrega que: *"Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente"*.

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.585 de filiación (D.O. 26/10/1998), se elimina la expresión *visitas* que utilizaba el antiguo artículo 227<sup>1</sup>. Creemos que no se trató de un simple cambio de redacción sino de atribuir al lenguaje del legislador un poder generativo y no solo descriptivo de realidades, es decir, que pretendió generar y moldear la realidad futura de esta institución<sup>2</sup>.

En este mismo sentido, ETCHEBERRY<sup>3</sup> indica que: *"Se eliminó el concepto actual de 'visitas' que se ha prestado para limitar en algunos casos esta comunicación,*

<sup>1</sup> El derogado art. 227 del C.C. disponía que: *"Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos no por eso se prohibirá visitarlos, con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes"*.

<sup>2</sup> Aquí seguimos a Echeverría, quien señala que *"Al sostener que el lenguaje es acción, estamos señalando que el lenguaje crea realidades. Vemos esto de muchas maneras. Al decir lo que decimos, al decirlo de un modo y no de otro, o no diciendo cosa alguna, abrimos o cerramos posibilidades para nosotros mismos y, muchas veces para otros. Cuando hablamos, modelamos el futuro, el nuestro y el de los demás. A partir de lo que dijimos o se nos dijo, a partir de lo que callamos, a partir de lo que escuchamos o no escuchamos de otros, nuestra realidad futura se moldea en un sentido o en otro"*. Echeverría, R. (2002), *Ontología del lenguaje*, Dolmen Ediciones S.A., España, p.35.

<sup>3</sup> Etcheberry, L.(1999): *"Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad"*, en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio*, a la luz de las normas y principios de la Ley N°19.585, LOM Ediciones Ltda., Santiago, Chile, p.109.

tanto en cuanto a su sustancia como a la forma en que puede ejercerse. La entrega al tribunal de la facultad de determinar la frecuencia y libertad con que ha de mantenerse esta relación –siempre dentro del marco de que ella sea ‘directa’ con el hijo y efectuada con periodicidad ‘regular’– se mantuvo, pero solo en defecto del acuerdo con quien tiene a su cargo el cuidado personal del hijo. Se acotaron, además, en relación con la norma vigente, las ahora extensas atribuciones del tribunal, en el sentido que esa frecuencia y libertad será la que el tribunal estime conveniente ‘para el hijo’ y que la comunicación entre el padre o la madre y el hijo solo se suspenderá o restringirá cuando perjudique el bienestar de este último en forma manifiesta, declaración que el tribunal deberá hacer en resolución fundada”.

Se advierte la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno, pues la Convención de los Derechos del Niño, en el art. 9, párrafo 3º, reconoce que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Siguiendo a GÓMEZ DE LA TORRE<sup>4</sup>, este derecho-deber de comunicación está inspirado en el principio de que el niño es un sujeto de derecho y, por ende, titular del derecho a relacionarse en forma regular y permanente con su padre o madre que no vive con él.

Sin embargo, la constatación práctica que efectúa POLAKIEWICZ<sup>5</sup>, es que “... a pesar de esta concepción del derecho de comunicación como un derecho del hijo, considerado como un sujeto de derecho en las relaciones familiares, la institución aún está encarada y explicada por la doctrina, y lo que es más grave, vivida por sus protagonistas como un derecho de los cónyuges (padres) que recae sobre los hijos como objetos de una prestación debida (o contraprestación en el marco de los efectos del divorcio)”. Concordamos plenamente con esta afirmación.

De acuerdo al art. 229 del Código Civil citado, el régimen comunicacional puede ser acordado por los padres mediante un convenio regulador, sin necesidad de llegar a los tribunales. Es curioso observar que en la ley 19.585 no se previó formalidad alguna, como sí ocurrió respecto de los acuerdos en materia de tuición y patria potestad, no obstante, creemos que nada impide que los progenitores den fuerza obligatoria a su acuerdo mediante una transacción extrajudicial.

Por otro lado, la Ley 16.618 de menores, modificada por la Ley 19.711 (D.O. 18/01/2001), en su art. 48, impuso al juez el deber regular de oficio un régimen de contacto en causas por tuición. También dispuso que, si por razones imputables al progenitor custodio, se frustra, retarda o entorpece el ejercicio del régimen de contacto, al progenitor no custodio le asiste el derecho a solicitar la recuperación del tiempo no utilizado. Asimismo, establece que, si el progenitor deja de cumplir injustificadamente el régimen de contacto puede ser instado por el tribunal a cum-

<sup>4</sup> Gómez de la Torre, M. (2007): El sistema filiativo chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, p.150.

<sup>5</sup> Citada en Schmidt, C. y Veloso, P. (2001): La filiación en el Nuevo Derecho de Familia, Editorial Lexis-Nexis, Santiago, Chile, p. 291.

plirlo, bajo apercibimiento de decretar su suspensión o restricción. Lo que deja de manifiesto su naturaleza dual de derecho-deber, que no está establecido en favor del progenitor en cuyo caso podría ser renunciado, según el art. 12 del Código Civil, sino que, más bien, en favor del hijo, como sujeto de derecho.

De cualquier modo, la suspensión o restricción se debe decretar por resolución fundada en atención al interés superior del niño.

Otro aspecto relevante de esta normativa, es que se contempla la posibilidad de decretar la relación directa y regular en favor de parientes del niño, como abuelos o tíos, un contacto que los niños valoran bastante.

Por su parte, la Ley 19.947 de matrimonio civil (D.O.17/05/2004), establece en su art. 21 que, si los cónyuges se separan de hecho, podrán regular, entre otros aspectos, la relación directa y regular que mantendrán con los hijos, en este caso, las formalidades del acuerdo están previstas detalladamente en el art. 22 del mismo cuerpo legal, a saber, escritura pública o acta protocolizada ante notario, transacción aprobada judicialmente, o acta extendida ante un Oficial del Registro Civil.

Por último, el art. 106 de la Ley 19.968 de tribunales de familia, introducido por la Ley 20.286 (D.O.15/09/2008) establece que, las causas relativas a relación directa y regular, aun cuando se traten en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, con excepción de casos de divorcio culpable, en que parece lógico que no habrá voluntad para mediar. Esta reforma –cuya entrada en vigencia se producirá gradualmente en distintas regiones del país<sup>6</sup>– es acertada por cuanto implica un abordaje no adversarial de los conflictos entre los progenitores, que cuida su relación posterior, lo que redundará en un beneficio para los hijos. Volvemos sobre este punto en el último capítulo de este trabajo.

## II. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DIRECTA Y REGULAR DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRINCIPIOS QUE INSPIRARON LA REFORMA FILIATIVA

### Principio de Igualdad

Según VELOSO<sup>7</sup>, a través del principio de igualdad podemos discernir qué diferencias justifican un trato desigual y qué diferencias no, es decir, el núcleo de este principio se traduce en términos de la razón suficiente que justifique un trato desigual. Para ello se aplicará a la normativa que pretendamos revisar el denominado test de razonabilidad, en virtud del cual, verificaremos la existencia de un objetivo

<sup>6</sup> El artículo 7 transitorio de la ley 20.286 establece que: *“La mediación obligatoria a que se refiere el artículo 106 entrará en vigencia en las diversas regiones del país, según el siguiente calendario: en las regiones I, II, III, IV, VI, IX, XI, XII, XIV y XV, nueve meses después de la publicación de esta ley; en las regiones V, VII, VIII y X, doce meses después de la publicación de esta ley, y en la Región Metropolitana, quince meses después de la publicación de esta ley”.*

<sup>7</sup> Schmidt, C. y Veloso, P, *op. cit.*, pp. 30 y ss.

perseguido a través del establecimiento del trato desigual; la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución Política; y la razonabilidad del trato desigual, o sea, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Pues bien, si aplicamos el test de razonabilidad a la actual regulación de la tuición y de la relación directa y regular, no podremos sino arribar a la conclusión de que vulnera abiertamente el principio de igualdad hombre-mujer, lo que, según Enrique Barros, facilita que los hijos sean usados como pieza táctica en la negociación de los padres.

No se divisa un fundamento racional para que el art. 225 del Código Civil atribuya *ex ante* a la madre el cuidado personal, dejando al padre solo con el deber de relación directa y regular. Es un criterio sexista que no se condice con una sociedad democrática en la cual las personas son libres para decidir el rol que desean desempeñar al interior de la familia. Se vulnera los art. 1º y 19, Nº 2 de la Constitución Política, como también, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, la cual en su art. 16, Nº1, señala que: *"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial"*.

A partir de esta normativa resulta insostenible pretender que la tuición sea un derecho absoluto de las madres o una reivindicación feminista. Antes bien, un fallo argentino, en un caso sobre tenencia compartida, sostuvo que: *"Esta declaración reafirma el principio de no discriminación, proclamando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...) sin distinción de sexo. Adoptar las medidas adecuadas para evitar todo tipo de discriminación para la mujer, no significa que ella tenga mejores derechos que el hombre, la base es la igualdad para ambos"*<sup>8</sup>.

Pero además de la discriminación hacia los progenitores, nuestra normativa sobre tuición implica una diferenciación arbitraria hacia los hijos de padres separados respecto de aquellos cuyos progenitores viven juntos, en cuanto al ejercicio de su derecho a la coparentalidad, reconocido en términos categóricos en el artículo 9 párrafo 3º de la Convención de los Derechos del Niño ya citado.

En este sentido, adherimos al planteamiento de SCHMIDT<sup>9</sup> respecto a que el cuidado personal de la crianza es un deber genérico que implica que todo progenitor tiene la obligación de seguir involucrado con su hijo independientemente si comparte domicilio con él o no, en los términos del art. 222, inc. 2º del Código Civil. En la práctica, la forma en que se acostumbra regular el régimen comunicacional por los jueces lamentablemente impide que el progenitor que no tiene la tuición –en

<sup>8</sup> E.P.F. contra N.E.P., Proceso Especial por tenencia compartida, Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Argentina, 24 de noviembre de 1998, en <http://www.jurisprudencia-infancia.udp.cl/Publico/Sentencia.asp>

<sup>9</sup> Op. cit. pp. 253-254.



la mayoría de los casos el padre— siga involucrado con el hijo con quien no vive. Asimismo, algunas madres perciben la tuición como un derecho absoluto y suelen confundir la separación conyugal con la extinción del vínculo filiativo, creencia que la mayor parte de las veces es reforzada en sede judicial. Así puede observarse en sentencia de 23/05/2007 del Juzgado de Familia de Temuco cuando indica que: *“...esta sentenciadora estima que es al lado de su madre y de su hermana donde el niño debe estar y crecer, porque, si bien no puede atribuirse a las madres en forma absoluta una mayor idoneidad para atender a los hijos; es inconcuso que durante la edad temprana, es más beneficioso para los niños la compañía materna(...) Que la distribución de los hijos entre los padres y que permite el artículo 225 es una circunstancia que solo puede justificarse en el interés de los propios hijos, pero cesando la causa que la originó, no se ve inconveniente para volver las cosas al estado anterior, es más, la intervención judicial debe instar, en la medida de lo posible, por volver las cosas a su estado natural...”*<sup>10</sup>.

Estimamos que aun cuando el art. 225 del Código Civil, en caso de separación de los progenitores, atribuya el *cuidado personal* de los hijos a la madre, interpretarlo en el sentido de que el padre no custodio quede exento del cuidado personal de la crianza de sus hijos, conduce a un resultado que no armoniza en absoluto con los principios axiológicos superiores contenidos en la Convención de los Derechos del Niño, en especial, el derecho del niño a la coparentalidad. Y, según el art. 5, inc. 2º, de la Constitución Política, la Convención tiene un rango superior al del Código Civil en su calidad de tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por Chile en 1990. Ello permitiría sostener que el mencionado precepto del Código Civil, en cuanto atribuye *ex ante* la tuición a la madre, es inconstitucional y estaría derogado tácitamente.

### Principio de Interés Superior del Niño

El papel de este principio ha evolucionado a través del tiempo, pues en el escenario de un sistema tutelar de menores (que rigió en nuestro país a partir de la Ley 4.447 de 1928) caracterizado por la amplia discrecionalidad del juez para aplicar la doctrina de la situación irregular, frente a niños en riesgo material o moral, o en conflicto con la justicia, se invocaba de manera abstracta casi confundido con la moral y las buenas costumbres. Sin embargo, en el sistema instaurado por la Convención de los Derechos del Niño, que da paso a la doctrina de la protección integral del menor —que concibe a todos los niños como sujetos de derecho, proporcionándoles una normativa orgánica completa— juega un rol diverso.

En efecto, con el propósito de superar los riesgos que plantea como concepto de contenido jurídico indeterminado, CILLERO ha propuesto entender hoy el interés superior del niño como la plena satisfacción de sus derechos, agregando que: *“...el*

<sup>10</sup> Nótese el criterio sexista de la jueza, confirmado por la Corte de Apelaciones de Temuco y la Corte Suprema, al referirse a un *orden natural de las cosas* cuando se alude al cuidado de los hijos por la madre, considerando que está fuera de toda duda que el bienestar de los niños a edad temprana está al lado de su madre. Causa “Garrido con Lagos”, RIT C-110-2006.

*principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no 'constituye' soluciones jurídicas desde la nada, sino en estricta sujeción, no solo en la forma también en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente"*<sup>11</sup>.

Una consecuencia de este principio es la necesidad de oír al niño cuando está en condiciones de formarse un juicio u opinión. Y si aún no tiene un juicio propio, las resoluciones que adopten los mayores a su respecto deberán tener en cuenta el impacto de la decisión en la autonomía futura del niño.

Estimamos que, el principio de la supremacía del interés del niño resulta vulnerado por la normativa del Código Civil que regula la tuición y la relación directa y regular, ya que la ley decide de antemano que la tuición sea para la madre, debiendo disponer, en su lugar, que sea para aquel de los dos progenitores que ofrezca mejores condiciones al niño y que –de ser ambos–, se establezca un régimen de tuición compartida, a fin de que no se vulnere el art. 9, párrafo 3º de la Convención de los Derechos del Niño.

No obstante, contrarresta lo anterior que el juez tenga amplia discrecionalidad para suspender o restringir el ejercicio de este derecho-deber considerando justamente el bienestar del niño y su opinión, en función de su edad y madurez, según lo disponen el art. 242 Código Civil y el art. 85 de la ley de matrimonio civil en concordancia ambos con el art.12 Convención de los Derechos del Niño.

El derecho a la coparentalidad de los hijos cuyos padres se han separado se facilita a través de la tuición compartida. LATHROP define esta figura como *"un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de la corresponsabilidad parental, permite organizar el cuidado personal de los hijos, de manera que estos vivan con cada uno de sus progenitores durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados"*<sup>12</sup>. GÓMEZ DE LA TORRE<sup>13</sup> indica que puede tener dos modalidades, la primera, el "cuidado alternado", cuando el hijo pasa lapsos con cada uno de los padres, quienes ejercen durante los mismos las acciones de crianza, y en la segunda, el niño reside principalmente en el domicilio de uno de los padres, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen las labores relativas al cuidado del hijo.

En nuestro ordenamiento jurídico, si bien no está contemplada expresamente, ello no es óbice para que padres o jueces, al determinar un régimen de contacto, lo hagan de manera que el niño pueda mantener una relación continua y significativa con ambos progenitores, acercándose lo más posible a una custodia compartida. No comprendemos la reticencia a esta figura que ofrece comprobadas y superiores ventajas para los niños, que la custodia monoparental. Un fallo argentino citado precedentemente<sup>14</sup>, nos ilustra sobre este punto, al declarar que: *"El proyecto de*

<sup>11</sup> Cillero, M. (1999): "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño", en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, pp. 69 y ss.

<sup>12</sup> Lathrop, F. (2008): "Custodia compartida: ¿necesidad de legislar?", en *Revista Semana Jurídica*, Año VIII, N°379, Santiago, Chile, p.2.

<sup>13</sup> Gómez de la Torre, M.: *op. cit.* p.147.

<sup>14</sup> Véase nota 8.

compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo, es mucho más que la elección del lugar de residencia del mismo. Después del divorcio los padres se encuentran necesariamente redefiniendo los conceptos tradicionales en lo tocante a la familia y a sus roles, reorganizándose para el futuro, creo que la reconocida necesidad de estabilidad de un menor, debe ser definida más en términos relacionales que en términos geográficos y temporales. Y en este sentido, hoy en día, es indudable que un niño necesita continuar el contacto que tenía cuando su familia se encontraba 'íntacta' con ambos padres. Ello, no solo porque mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre el niño –quien no debe elegir entre sus padres, intentándose eliminar, o eliminándose, los 'conflictos de lealtad' en buena medida–, sino porque también le garantiza la permanencia de los cuidados parentales y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas”.

### Principio del Derecho a la Identidad

VELOSO lo define como “el derecho de toda persona a conocer la verdad sobre su propia biografía”. Esta autora, citando un fallo de la Corte Constitucional de Colombia, agrega que: “...supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro (...) El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad”<sup>15</sup>.

Resulta extraordinario advertir cómo algunos fallos han conectado este principio con el ejercicio de la relación directa y regular. Así, el Juzgado de Familia de Coquimbo<sup>16</sup>, el 16/01/2008, dispuso que: “...De esta forma la desvinculación paterna y devaluación de esa figura, conlleva una falencia en el proceso de individuación del niño, y esto habilita al tribunal para arbitrar los medios para que el niño deba acercarse nuevamente al padre, más aún no habiéndose justificado que este haya maltratado física o psicológicamente al niño en forma directa...”.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt<sup>17</sup>, en sentencia de 05/02/2008, dispuso que: “...el artículo 229 del Código Civil, en armonía con la convención Internacional de los Derechos del Niño, establece como imperativo legal y deber del Estado velar por el resguardo y derecho de los menores de mantener vínculos permanentes con sus progenitores, relación que no solo implica una obligación para estos, sino un deber para con aquellos, que mira a la formación futura e integral de los jóvenes de saberse hijos de determinados sujetos en miras al establecimiento de su propia identidad, de manera que no resulta acertado sostener, como lo hace el a quo, que no se ha probado la necesidad de tal vínculo, pues la ley lo establece como esencial, por lo que debe ser fomentado y garantizado, como garantía en resguardo de los derechos de los menores”.

<sup>15</sup> Schmidt, C. y Veloso, P. : *op. cit.*, pp. 64-65.

<sup>16</sup> Causa RIT C-1111-2007, “Andoní Ignacio Iduya Santander”, Medida de Protección.

<sup>17</sup> Causa Rol 29-2008, “Valenzuela con Meyer”, Recurso de Apelación.



### III. SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (S.A.P.)

Se trata de un fenómeno cuya formulación y estudio son relativamente recientes. En 1985, GARDNER lo definió como *“un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña”*<sup>18</sup>.

Este autor precisó los criterios de identificación de este síndrome, a saber: campaña de injurias y desaprobación consistente en que el niño trata al progenitor como un desconocido odioso cuya proximidad siente como una agresión; explicaciones triviales para justificar la campaña de desacreditación, es decir, no hay razones de peso sino una lista de argumentos a los que recurre una y otra vez; ausencia de ambivalencia en su odio a su progenitor, o sea, el hijo alienado muestra un odio absoluto a su progenitor, sin fisuras ni concesiones; autonomía de pensamiento en el sentido de que las decisiones y los actos son de responsabilidad e iniciativa propia del niño, él es un pensador independiente; defensa del progenitor alienador atendido el vínculo psicológico de carácter patológico entre el menor y el progenitor alienador, basado en el dogmatismo y la adhesión férrea, ausentes de reflexión; ausencia de culpabilidad ante los sentimientos y explotación del progenitor alienado, esto permite al niño llegar a niveles de denigración irracionales; escenarios prestados, es decir, presencia de escenas, pasajes, conversaciones y términos que el hijo adopta como propios o vividos en primera persona, aun cuando jamás hubiera estado presente cuando ocurrieron o resultarían incoherentes con su edad; extensión del odio al entorno del progenitor alienado.

AGUILAR explica que estudios recientes han ampliado los criterios de identificación a consideraciones como el uso de recursos legales para lograr una separación efectiva entre el progenitor alienado y el hijo; el tiempo como estrategia de alienación para impedir el apego; la inmersión judicial; y la responsabilidad e implicación del progenitor alienado en el proceso de alienación<sup>19</sup>.

Se distingue tres tipos de S.A.P.: leve, moderado y grave. En el tipo leve, se produce contacto con el progenitor no custodio, sin que haya grandes episodios de conflicto, la campaña de denigración comienza pero los ataques son de baja intensidad y mínima presencia. Los expertos indican que solo hasta este grado se recomienda regular el contacto a través de mediación familiar.

En el tipo moderado, el contacto comienza a ser conflictivo, sobre todo al inicio, se dan habituales episodios de enfrentamiento y la campaña de denigración

<sup>18</sup> Segura, C.; Gil, M.J.; Sepúlveda, M.A. (2006): “El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil”, Cuaderno de medicina forense, España, Sevilla, n. 43-44, p.1. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1135-76062006000100009&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100009&lng=es&nrm=iso).

<sup>19</sup> Aguilar, J.M. (2006): S.A.P. Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro, Editorial Almuzara, España, pp. 43 y ss.

calidad lo reconoce y ampara, y se le garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

La garantía constitucional de la autonomía de la familia guarda plena concordancia con el principio de subsidiariedad del Estado, en virtud del cual está vedada toda injerencia estatal en los ámbitos que tocan específicamente a los fines de la familia. En esta garantía constitucional encuentra cobertura, justamente, la promoción de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos familiares –como la mediación– en forma previa a que el Estado, a través del juez de familia, se inmiscuya en cuestiones de su vida privada como las responsabilidades parentales y la relación de pareja. La intervención judicial debería tener siempre en estos asuntos el carácter de *ultima ratio*, esto es, operar únicamente cuando se ha demostrado imposible la autocomposición.

Por ello, nos parece acertado que se haya modificado la ley en el sentido de promover que antes de demandar en tribunales de familia, las partes acudan a mediación familiar en forma previa y obligatoria para resolver conflictos sobre tuición y relación directa y regular, pues al tratarse de una instancia que promueve el protagonismo de las partes, las compromete en la búsqueda conjunta y colaborativa de una solución a su disputa.

Pues de acuerdo a la jurisprudencia nacional revisada sobre estos conflictos, los jueces tienden a aplicar el art. 225 del Código Civil atribuyendo la tuición a la madre, como un criterio de orden natural, y a identificar el interés superior del niño de forma abstracta con la permanencia del menor junto a la madre, sin considerar otras fórmulas dialógicas, como la de la tuición compartida o de regímenes comunicacionales extensos.

Por otra parte, la Ley 20.286, que modifica la Ley de tribunales de familia, en el art. 105 letra e) dispone que, uno de los principios de la mediación familiar por el cual debe velar el mediador durante todo el proceso, es el interés superior del niño, sin embargo, inexplicablemente agrega que podrá citarlos *“solo si su presencia es estrictamente indispensable para el desarrollo de la mediación”*. No se divisa razón para esta restricción que no aparecía originalmente. Revisamos las actas de discusión de este artículo y no encontramos fundamento alguno para tan inconsecuente e incomprensible reforma que, creemos, debe ser interpretada a la luz del art. 12 de la CDN, es decir, que los mediadores al asumir el rol de guardianes del bienestar del niño, deben conocer la opinión de los hijos de las partes, tantas veces como les sea posible, para indagar sobre sus necesidades e intereses en cada situación concreta.

En este sentido, SUARES justifica la presencia de los niños en mediación cuando afirma que: *“...en los momentos de la crisis del divorcio, los padres están muy compenetrados con sus problemas. Muchas veces no tienen una escucha agudizada para las preocupaciones de sus hijos, quienes al no comprender la situación se imaginan cosas que los angustian y que muchas veces no tienen relación con lo que ocurre o que no se animan a plantearlas porque temen complicar más la situación”*<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Suares, M. (2005): *Mediando en sistemas familiares*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, p. 392.

En cuanto al alcance de la declaración del niño, las opiniones que emita durante el proceso de mediación no son una especie de mandato para los mediadores o para los padres en el sentido de que se debe hacer lo que el niño diga. Estimamos que la actitud adecuada consiste en desentrañar la verdadera voluntad, interés y conveniencia para el niño confrontando sus necesidades subjetivas con las necesidades objetivas de todo niño que enfrenta la separación conyugal de sus padres. Aquí cobra especial importancia, por ejemplo, reconocer la presencia de indicios o manifestaciones del S.A.P. que abordamos precedentemente, a fin de que la intervención del mediador contribuya a contrarrestarlos y si eso no resulta posible, se abstenga de seguir conduciendo el proceso, alzando la mediación y poniendo en conocimiento de la autoridad la situación de maltrato infantil.

Ahora bien, las necesidades objetivas de todo niño que enfrenta una separación conyugal, según los expertos, normalmente serán la de estar informados y seguros; mantener relación con sus dos padres; estar seguros del amor de sus dos padres; tener el derecho de amar a ambos como antes; conservar un vínculo significativo con ellos; que su padre y su madre continúen ocupándose y cuidándolos como antes; estabilidad afectiva; poder expresar sus sentimientos frente a la separación; comprender la decisión de separación de sus padres; no sentirse responsables de la separación y reconocer la permanencia de la misma; que la ruptura de los padres se haga lo más armónicamente posible; mantenerlos fuera de los conflictos; que no sirva de intermediario entre sus padres; sentir que sus dos padres son capaces de hablarse; no estar obligado a tomar partido por uno u otro; permanecer como niño o no tener responsabilidades de adultos; y no estar inquieto por la seguridad económica de la familia.

Creemos que los mediadores tienen un rol importante en cuanto a promover mediante sus técnicas —especialmente, preguntas circulares y reflexivas—, tanto si hubo o no entrevista a los niños, que las partes vayan tomando conciencia sobre las necesidades de sus hijos y las tengan en cuenta al adoptar sus acuerdos sobre tuición y relación directa y regular.

La oportunidad en que los niños son oídos en mediación es, usualmente, al inicio de la misma, en la etapa de definición del conflicto, en cuyo caso, la entrevista se hace preferentemente sin la presencia de sus padres para evitar presiones o manipulaciones. Otra oportunidad en que los niños participan es en la revisión del acuerdo al que han llegado sus padres, lo que se hace en presencia de estos al finalizar el proceso.

Respecto a la técnica para efectuar la entrevista a los niños, SUARES recomienda advertirles que el objetivo no es que acusen a sus padres sino saber qué les está pasando en esta nueva situación familiar y también que las decisiones las van a tomar sus padres y no ellos, pero que les resulta muy importante conocer antes lo que piensan y sienten<sup>27</sup>. También es importante que el mediador tenga clara la finalidad de la entrevista que, en ningún caso es terapéutica, sino simplemente se trata de recoger información acerca de las expectativas e intereses de los niños y cómo a ellos les gustaría que las cosas fueran de aquí hacia el futuro.

---

<sup>27</sup> Suares, M., *op. cit.*, p. 398.

Creemos que la mediación es un escenario propicio para resolver conflictos familiares, principalmente aquellos en que aparecen niños involucrados, como los de tuición y relación directa y regular, porque ofrece ventajas comparativas frente al litigio judicial.

Como explican DIEZ y TAPIA<sup>28</sup>, el vínculo personal entre el mediador y las partes, así como la construcción del espacio de mediación son herramientas básicas para generar confianza, lo cual es esencial para el desarrollo de esta instancia.

El terreno de trabajo del mediador no es tanto el de la sustancia del problema sino el de la manera como las partes trabajan con el problema. Principalmente, es importante que comprendan que hay un amplio rango de opciones para proteger sus intereses total o parcialmente, y que pueden tener control sobre ellas. También, que asuman que pueden elegir qué hacer en la situación concreta y tener control sobre su elección. Esto, evidentemente, no se puede lograr en un juicio pues lo impide su lógica adversarial y la sumisión a la decisión de la autoridad.

Quienes apostamos a la mediación lo hacemos porque hemos observado que la mediación funciona, que a la gente le sirve para analizar su problema y tomar decisiones sobre él. Nuestra experiencia nos indica que más del 70% de los casos concluyen en acuerdo, en un tiempo más breve y con menores costos económicos y emocionales que lo que hubiera sucedido en un litigio ante los tribunales.

Sin embargo, la evaluación no solo debe hacerse desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa. La mediación se funda en la convicción de que los seres humanos son capaces de resolver por sí mismos sus conflictos y de hacerse cargo de las decisiones que adoptan como sujetos responsables. La mediación potencia la capacidad negociadora de las personas que por algún motivo se ha visto disminuida y permite que de una relación inicialmente deteriorada, las dos partes sientan que pueden ser ganadoras, favoreciendo con esto una cultura de la cooperación, una *Cultura de la Paz*.

## CONCLUSIONES

Si bien, la reforma introducida por la ley 19.585 importó un giro radical e histórico del Derecho de Familia Chileno en materia de filiación –puesto que desaparece la discriminatoria nomenclatura de hijos vigente desde el primigenio Código Civil, por influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– en materia de tuición y relación directa y regular, la vulneración al principio de igualdad jurídica persiste hasta hoy.

Al atribuir el art. 225 del Código Civil, *ex ante* el cuidado personal del hijo a la madre en caso de separación de los progenitores, la discriminación no solo se produce en el plano de la igualdad jurídica hombre-mujer, sino que también se genera una discriminación en el ejercicio del derecho a la coparentalidad reconocido en el art.

<sup>28</sup> Díez, F. y Tapia, G. (2005), *Herramientas para trabajar en mediación*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, pp. 41 y ss.

9 de la Convención de los Derechos del Niño, entre hijos cuyos padres viven juntos e hijos cuyos padres viven separados.

Sin embargo, creemos que la vía de solución para sortear esta discriminación puede ser, por un lado, entender que en este punto prevalece la Convención por aplicación del art. 5 inciso segundo de la Constitución, considerando la normativa interna tácitamente derogada, o bien, efectuar una interpretación sustantiva de la misma armonizándola con las normas fundantes, esto es, la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Política y, con un criterio teleológico, consistente en considerar el alcance y fines de esta regulación en la actualidad.

Por otro lado, la legislación sobre tuición y relación directa y regular no ha tenido como consideración primordial el Interés superior del niño pues de lo contrario se hubiera atribuido la tuición a aquel de los dos progenitores que ofreciera las mejores condiciones para el hijo y, de ser ambos, se hubiera consagrado, como regla general, un régimen de tuición compartida que facilitara el ejercicio del derecho a la coparentalidad de los niños.

No obstante, la falta de regulación de esta figura no es óbice para que jueces y progenitores determinen un régimen de contacto significativo y permanente que se asemeje lo más posible a la custodia compartida. Solo de este modo ambos progenitores podrán continuar involucrados con sus hijos y ejercer su deber irrenunciable de cuidado personal de la crianza, en los términos que dispone el art. 222 inc. 2° del Código Civil.

Asimismo, el interés superior del niño no es un principio que pueda invocarse abstractamente por los jueces o padres para justificar cualquier decisión respecto de los niños. Tampoco por los mediadores en los procesos que conducen. Antes bien, se traduce en un deber de los mayores de adoptar la decisión que mejor reconozca el ejercicio y desarrollo integral de los derechos del niño, considerando todas las implicancias de tipo social, político, jurídico y cultural, en cada caso concreto, especialmente en cuanto a la mantención del vínculo con ambos padres tras la separación.

En este proceso de consideración, ponderación y pronunciamiento, es ineludible hacer participar a los niños tomando debidamente en cuenta su opinión. Es decir, de acuerdo con el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, los niños deben participar activamente en la determinación de su propio interés superior.

Por otro lado, es interesante advertir la conexión que ha venido haciendo cierta jurisprudencia nacional entre el ejercicio de la relación directa y regular y el derecho a la identidad de estos, lo que creemos promueve que se ponga el acento en la institución como un derecho del cual el niño es el titular, en lugar de entenderlo como derecho a una prestación debida de los progenitores.

Por su parte, el Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) —más allá de su exacta configuración científico-médica— es un fenómeno preocupante al constituirse como una forma de maltrato infantil que produce efectos irreparables en los menores que lo padecen, que incluso pueden desembocar en el suicidio. De allí la importancia de conocer los criterios para su identificación, prevención y abordaje. Es absurdo transformar el tema en una lucha de géneros, sino que ha de ser un llamado de alerta respecto de los niños que lo padecen, quienes son los que deben interesar y preocupar.

Lo que más afecta a los hijos no son los conflictos conyugales sino la manera



en que son encarados por los padres, pues los procedimientos contenciosos generan estrés en padres e hijos que repercuten negativamente en el equilibrio emocional de todos ellos, hasta el punto que, las necesidades infantiles quedan relegadas a un segundo plano, ennegrecidos por sus disputas conyugales.

Por ello, la mediación se ofrece como un escenario más propicio que el contexto judicial para afrontar de manera colaborativa las diferencias que surgen tras la separación, al preservar de mejor modo la relación posterior de las partes, todo lo cual redundará en un mayor bienestar para los niños.

Ellos deben ser escuchados en esta instancia cuidándose de no involucrarlos para acusar a los padres, ni para servir de testigos, ni tampoco para que ellos tomen las decisiones. Los mediadores deben procurar que los adultos sean quienes tomen las decisiones, pero sobre la base de la información y consideración de las necesidades de sus hijos.

Siguiendo a Marinés Suares<sup>29</sup>, creemos que la mediación y la negociación debieran considerarse como los caminos principales y no "alternativos" en la conducción de disputas en el ámbito familiar pues solo así se preservará la autonomía de la familia como grupo intermedio garantizada constitucionalmente, al tratarse de instancias que promueven el protagonismo de las personas en la conducción de sus vidas.

No se trata de limitar el acceso a la justicia de las personas, sino que se recurra a los tribunales en forma racional y cuando efectivamente sea necesario; ya sea porque han agotado las posibilidades de otras vías de solución al conflicto, o porque la naturaleza de este aconseje que sea resuelto por un magistrado.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, J.M. (2006). *S.A.P. Síndrome de alienación parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro*. España: Editorial Almuzara.

Cillero, M. (1999). "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño", en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Tomo I. Colombia: Editorial Temis.

Diez, F. y Tapia, G. (2005). *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Echeverría, R. (2002). *Ontología del lenguaje*. España: Dolmen Ediciones S.A.

Etcheberry, L. (1999). "Los derechos y obligaciones entre padres e hijos y la patria potestad", en *El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N°19.585*. Santiago: LOM Ediciones Ltda.

<sup>29</sup> Suares, M. (2005), *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, pp. 88-89.

Gómez de la Torre, M. (2007). *El sistema filiativo chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lathrop, F. (2008). "Custodia compartida: ¿necesidad de legislar?", en *Revista Semana Jurídica*, Año VIII, N°379, Santiago, Chile.

Schmidt, C. y Veloso, P. (2001). *La filiación en el Nuevo Derecho de Familia*. Santiago: Editorial Lexis-Nexis.

Segura, C.; Gil, M.J.; Sepúlveda, M.A. (2006). "El síndrome de alienación parental: una forma de maltrato infantil", *Cuaderno de medicina forense*. Sevilla, España, n. 43-44.

Suares, M. (2005). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Suares, M. (2005). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

#### **Páginas web consultadas:**

<http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/Publico/Sentencia.asp>

[http://sil.senado.cl/cgi-bin/index\\_eleg.pl?5917-18](http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?5917-18)

[http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar/fallo\\_sobre\\_sindrome\\_de\\_alienaci.htm](http://sindromedealienacionparental.apadeshi.org.ar/fallo_sobre_sindrome_de_alienaci.htm)

[http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1135-76062006000100009&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100009&lng=es&nrm=iso).

[http://www.mujeresparalasalud.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=229&Itemid=120](http://www.mujeresparalasalud.org/index.php?option=com_content&task=view&id=229&Itemid=120)

<http://www.aen.es/web/docs/parental.pdf>